

ALGUNAS CONSIDERACIONES A LA OBSERVACIÓN SOCIOLÓGICA DE NIKLAS LUHMANN SOBRE EL DERECHO: TEORÍA DE LOS SISTEMAS, SISTEMA DE DERECHO Y DOGMÁTICA JURÍDICA*

JOSEFINA TOCORNAL COOPER**

RESUMEN: La autora analiza algunos aspectos de las ideas del abogado y sociólogo Niklas Luhmann, específicamente su teoría de los sistemas y las relaciones entre sistema de derecho y Dogmática Jurídica. Concluye que Luhmann enfoca el Derecho en la función social que desempeña, pero determina su función desde la Sociología. La autora comparte con Luhmann la necesidad de un diálogo interdisciplinario entre juristas y otras ciencias afines; las miradas externas son bien recibidas por los subsistemas, pues permiten su perfeccionamiento y la coordinación de fines principales y secundarios. Sin embargo, disiente respecto de la concepción de Dogmática Jurídica, pues ello no es sinónimo de sistema jurídico. La Dogmática Jurídica debe entenderse como una herramienta conceptual cuyo objetivo es compatibilizar el derecho como un

* Este trabajo tiene su origen en un ensayo presentado al *Curso de Metodología Jurídica* del Programa de Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, impartido el año 2007 por el profesor y doctor en derecho Alejandro VERGARA BLANCO .

** Abogado, Magíster en Ciencia Jurídica, Doctoranda en Programa de Doctorado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Becaria Conicyt Doctorado 2010. Correo electrónico: jtc@uc.cl.

conocimiento con una función práctica orientada a la solución de conflictos aquí y ahora.

PALABRAS CLAVES: Niklas Luhmann – Teoría de Sistemas – Sistema de Derecho – Dogmática Jurídica – Sociología del Derecho

ABSTRACT: The authoress analyzes some aspects of the ideas of the lawyer and sociologist Niklas LUHMANN, specifically, his systems theory and the relations between the legal system and the Juridical Dogmatic. She concludes that LUHMANN focuses the Law in its social function, determining its function from the Sociology. The authoress, shares with LUHMANN, the need of an interdisciplinary dialog between jurists and other related sciences; the external looks are well received by the subsystems, since they allow their development and coordination of principal and secondary purposes. Nevertheless, she disagrees his meaning of Juridical Dogmatic, since it is not synonymous of legal system. The Juridical Dogmatic must be understood as a conceptual tool which object is to make compatible the Law as knowledge with a practical function orientated to the solution of real life conflicts here and now.

KEY WORDS: Niklas Luhmann – Systems Theory – Legal System – Juridical Dogmatic – Legal Sociology

INTRODUCCIÓN

En este trabajo se aborda, en forma sumaria y sencilla, la mirada del abogado y sociólogo alemán Niklas LUHMANN sobre el derecho.

LUHMANN nació en Lüneburg, Baja Sajonia, en 1927 y murió en Oerlinghausen, cerca de Bielefeld, al norte de Alemania en 1998. Estudió Derecho en la Universidad de Friburgo en Brisgovia. Ejerció como abogado y docente de la Cátedra de Derecho Administrativo hasta que entre 1960 y 1961 hace una pasantía por la Universidad de Harvard, donde se aproxima a la Sociología a través del profesor Talcott PARSONS y su obra. Desde el inicio de la década del sesenta y hasta su muerte se dedica en cuerpo y alma a la sociología.¹ Entre 1968 y 1993 se desempeñó como docente de sociología en

¹ Tres importantes sociólogos alemanes tuvieron estrecho contacto con la persona y obra de Talcott PARSONS: N. LUHMANN, R. MÜNCH y J. HABERMAS.

la Universidad de Bielefeld y se empeñó en escribir su fecunda y novedosa obra relacionada con la teoría de sistemas.²

Talcott PARSONS, sociólogo americano, impartió clases de sociología en la Universidad de Harvard desde 1927 hasta 1974. Fue director del Departamento de Sociología de dicha Universidad, y en 1949 fue nombrado presidente de la *American Sociological Society*. Es uno de los mayores exponentes del funcionalismo estructural en sociología. Esta teoría sostiene que las sociedades tienden hacia la autorregulación, así como a la interconexión de sus diversos elementos (valores, metas, funciones, etc.).

Si bien LUHMANN fue discípulo de PARSONS, el sociólogo alemán desde un inicio fue crítico del funcionalismo estructural, básicamente por ser demasiado rígido frente a la complejidad del mundo moderno y el paso del tiempo.³

Conoceremos en LUHMANN a un intelectual ambicioso; derecho, economía, amor, religión, arte, ningún tema lo consideraba lejos de su análisis. Al incorporarse en 1968 a la recién inaugurada Universidad de Bielefeld se le pidió que precisara el proyecto de investigación que iba a llevar a cabo; su respuesta fue: Tema, elaboración de una teoría de la sociedad; duración, treinta años; costos, ninguno. Debe hacerse justicia, pues antes de su muerte terminó su obra cúlmine *La Sociedad de la Sociedad*, cumpliendo lo prometido 30 años antes.

El profesor LUHMANN escribió los siguientes libros sobre Sociología del Derecho: *Legitimación a través del procedimiento* (1969), *Sociología del Derecho* (1972), *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica* (1974, traducido al español en 1983), *Diferenciación del Derecho* (1981) y *El Derecho de la Sociedad* (1993, traducido al español en 2005).

Debe ser mencionado, por el mérito en su traducción del alemán al español, don JAVIER TORRES NAFARRATE, sociólogo mexicano de la Universidad Iberoamericana. En Chile, no son muchos los docentes que conocen y enseñan a LUHMANN, entre ellos, Darío RODRÍGUEZ, sociólogo y Dr. en Sociología por la Universidad de Bielefeld; Marcelo ARNOLD, antropólogo y Dr. en Ciencias Sociales por la Universidad de Bielefeld; Aldo MASCAREÑO, sociólogo y Dr. en Sociología por la Universidad de Bielefeld; Daniel CHERNILO, sociólogo y Dr.

² La Universidad de Bielefeld nace en 1968 a raíz de revueltas estudiantiles en Alemania. Fue fundada y se ha mantenido como una Universidad de vanguardia en el pensamiento, alternativa e interdisciplinaria en sus propuestas.

³ LUHMANN (1996) p. 28.

en Sociología por la Universidad de Warwick, y Juan Ignacio PIÑA, abogado y Dr. en Derecho de la Universidad de Navarra.

I. TEORÍA DE SISTEMAS

No es la multitud de hombres lo que hace una sociedad, no es la cercanía lo que hace la sociedad, tampoco el territorio. No es la acción de cada uno lo que hace una sociedad. Muchas personas ejecutando acciones individuales tampoco son sociedad. Reconocemos lo social en una acción dirigida a otro con la expresión concreta de una intención subjetiva y como cada uno hace lo mismo, se habla de interacción. Por lo tanto, la acción sólo adquiere “lo social” al ser interacción. La interacción necesitaría personas, pero la interacción en sí no depende de cada persona, pues la interacción es lo que está entre las acciones y si las acciones las ejecutan las personas, la interacción es lo que está entre las personas. Lo social, sería entonces el fenómeno complejo de la comunicación y las acciones el modo visible de descomposición de la comunicación. Esta forma de razonar usada por LUHMANN deja fuera de lo social a las personas. Todo un cambio de paradigma diría Thomas KUHN.

La comunicación es más extensiva que la acción. La comunicación es social porque requiere de al menos dos personas para producirse. La comunicación es pasajera, apenas comienza, empieza a desvanecerse. La comunicación es conectiva, va dejando puentes y conexiones.

En el fenómeno de la comunicación existe un *Alter* que decide qué es lo que va a informar y cómo lo va a informar y un *Ego* que puede comprender o no comprender la información entregada por el *Alter*. *Ego* decide qué entiende. El proceso de la comunicación implica la participación de *Alter* y de *Ego*, no basta con el comunicar de *Alter*; la comunicación se producirá cuando *Ego* reacciona comprendiendo o no.

Luhmann entiende a la sociedad como un sistema y no como un conjunto de hombres. Como sistema, por cuanto la observación y descripción de ciertos fenómenos forzosamente deben ser estudiados como totalidades.⁴ Como sistema, la sociedad corresponde a un nivel emergente compuesta de comunicaciones. Los sistemas se configuran en base a quien observa la sociedad, lo que produce la distinción sistema/entorno. Luhmann reconoce distintos tipos de sistemas: los sistemas sociales que realizan la autopoiesis o autorganización en base a la comunicación, los sistemas psíquicos que reali-

⁴ PIÑA (2005) p. 48.

zan autopoiesis en base a su conciencia y los sistemas orgánicos que realizan su autopoiesis químicamente.

A la autoreferencia se refiere también en la teoría luhmanniana como autorganización o autopoiesis (palabra tomada de los biólogos chilenos Humberto Maturana y Francisco Varela). Diferentes palabras para un mismo concepto de unidad constitutiva del sistema consigo mismo, es decir, independiente del ángulo de mirada otros sistemas. La unidad tiene que efectuarse, no está preconcebida y es el propio sistema o subsistema de que se trate quien debe proveerle esa unidad y por ello se podrá llamar a un sistema como autorreferente cuando los elementos que lo constituyan están integrados por una función.⁵

Será la autoobservación al propio subsistema la que producirá la introducción de sistema/entorno y la que delimitará que se reproduzcan comunicaciones del subsistema respectivo y no elementos de un subsistema distinto. Es importante recalcar que la autoorganización interna que se da el subsistema no impide que exista una apertura al entorno del sistema.⁶

El autor alemán sostiene que cada sistema es variable en el tiempo y con una función específica. Para LUHMANN, *"el sistema social se encuentra compuesto por comunicaciones. Los sistemas sociales son sistemas autorreferenciales que se diferencian respecto a un entorno. Los elementos del sistema social son comunicaciones que van encadenándose unas a otras, y generando –y siendo generadas por– un sentido intersubjetivo que establece los límites del sistema. Los seres humanos, en consecuencia, no pertenecen al sistema social, sino a su entorno."*⁷

La sociedad, según LUHMANN, estaría compuesta de subsistemas funcionales, es decir cada subsistema: derecho, economía, ciencia, etc., tiene funciones específicas y se ha especializado en ellas. Los subsistemas se relacionan entre sí y tienen la capacidad de observarse así mismos y entre sí. La capacidad de ser sensible a otros subsistemas se denomina en la teoría luhmanniana acoplamiento estructural a su entorno, ya que el entorno de un subsistema será todo el resto de subsistemas y así recíprocamente. Hay subsistemas que son más cercanos. En efecto, el acoplamiento estructural entre el subsistema Derecho y el subsistema Política es regulado por la Constitución. Por su parte,

⁵ LUHMANN (1998) pp. 20 y ss.

⁶ LUHMANN (1990) pp.87-99.

⁷ RODRIGUEZ y ARNOLD (1990) p. 113.

el acoplamiento estructural ente Derecho y Economía se produce mediante la propiedad y el contrato.

Los acoplamientos estructurales sólo funcionan con el efecto de responder al código binario de inclusión/exclusión. La moderna y compleja sociedad mundial ha incrementado el contacto y la interdependencia entre dichos subsistemas. En efecto, las sociedades modernas se caracterizan por una doble complejidad, por un lado una gran especificación de funciones y por otro una creciente interdependencia entre ellas.⁸

En el sentido antes descrito, el derecho de la sociedad es un subsistema socialmente diferenciado. El derecho siempre se refiere al derecho y dado que todo sistema social según Luhmann es un sistema de comunicaciones, el sistema de derecho orienta sus comunicaciones por el código conforme a derecho o no conforme a derecho.

El derecho es de la sociedad, porque el derecho es una forma especial de comunicación y para Niklas Luhmann el derecho no es más que un tipo especial de comunicación. Sociedad será indicación de unidad de todas las comunicaciones posibles.⁹

La Teoría de Sistemas de LUHMANN aporta una mirada novedosa a la sociedad. El ser humano es mucho más que un elemento de un sistema. El entorno de la sociedad, en donde se encuentran los seres humanos, tiene mucho más complejidad que el sistema social. Por otra parte, el propio sistema social, es decir las comunicaciones, también son complejas por cuanto *Alter*, que emite la información, es mucho más que la información, existe todo un ser que quiere comunicar una información. Por otra parte, *Ego* que recibe la información es también un ser humano complejo que por su historia -y no necesariamente por la información que da *Alter*- puede interpretar el contenido de la información de una manera distinta a lo que cree comunicar *Alter*. Además, terceros distintos de *Alter* y *Ego* pueden interpretar la comunicación de la información de una manera distinta a como la pretendió entregar *Alter* y la entendió *Ego*. Entonces, el profesor Darío RODRÍGUEZ señala que la sociedad moderna no sólo es compleja en si en cuanto comunicaciones sino también su entorno es tanto o más complejo. Coincidimos con RODRÍGUEZ en que la mirada de LUHMANN no descalifica al ser humano, por el contrario, el ser humano no es un elemento de la sociedad, el ser humano es más que un elemento del cual uno pudiera prescindir como parte de algo. Lo social son las

⁸ MASCAREÑO (2004a) p. 63.

⁹ MASCAREÑO (2004b) p. 302.

comunicaciones, el entorno es todo lo demás, en donde se encuentra el ser humano, que es clasificable en una teoría social. Se respeta por lo tanto en toda su dimensión la dignidad del ser humano en cuanto ser único e irrepetible del cual no puede prescindirse ni considerársele como elemento o parte de algo. Compartimos con el sociólogo chileno mencionado que LUHMANN es un realista no interviniente por cuando observa la realidad y nos describe su mirada sociológica. La sociedad admite múltiples miradas y lo que plantea LUHMANN es que observando la sociedad desde las perspectivas de las comunicaciones de si un asunto es o no conforme a derecho nos encontramos con un subsistema jurídico, si el observador sociológico observa la misma realidad desde otro ángulo advierte comunicaciones económicas que responden a una función determinada y por lo tanto lo interpreta como un subsistema economía y así son muchas las miradas que se pueden dar a una sociedad, desde el amor, la religión, la política. No es posible limitar las miradas. Al observar desde distintos ángulos se aprecian en la sociedad comunicaciones orientadas a determinadas funciones y que son propias de lo que se llama un subsistema. Cada subsistema tiene su lógica, su forma de interpretar el entorno. El derecho de la sociedad, se dice así porque está dentro de la sociedad, es una mirada a la sociedad. Está también la religión de la sociedad, el arte de la sociedad, en fin, la ciencia de la sociedad. Así cada subsistema tiene en su entorno a todo el resto de subsistemas. El subsistema derecho tiene en su entorno a todos los restos de subsistemas, al económico, al político, el arte, y a su vez para el subsistema economía el derecho es parte de su entorno, para el arte, el derecho y la economía son parte de su entorno. Para todos ellos el ser humano es parte de su entorno.¹⁰

El abogado penalista Juan Ignacio PIÑA coincide en que la teoría de LUHMANN es una *teoría de la perspectiva* en el sentido que es la mirada y el ángulo con que se mira lo que va cambiando, pero los hechos son uno solo. A modo ilustrativo PIÑA explica que hacer la línea vertical en un voto es un mismo hecho, pero para el sistema jurídico será el ejercicio de una obligación cívica, para un político la elección de un candidato, para la religión una opción en pro o en contra de determinado asunto relevante etc.¹¹

¹⁰ RODRÍGUEZ (2007), ideas sostenidas en entrevista personal realizada en la Facultad de Medicina de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago [fecha entrevista: 15 de mayo de 2007].

¹¹ PIÑA (2007), ideas sostenidas en entrevista personal realizadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Santiago. [fecha entrevista: 15 de mayo de 2007].

II. SISTEMA JURÍDICO Y DOGMÁTICA JURÍDICA

La publicación en alemán de *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica* fue en 1974 y fue publicado al español en 1983. En su texto, LUHMANN expresa su descontento con el estado actual de la jurisprudencia y la ciencia jurídica por cuanto no está claro cuál es la posición social del sistema jurídico ni existe una adecuada conciencia de la práctica jurídica y sus consecuencias. Existe escepticismo de la verdadera utilidad de la Dogmática Jurídica, lo que es un síntoma de debilidad de reflexión y orientación del sistema jurídico. Lo anterior a consecuencia de la infructuosa lucha entre las visiones de la jurisprudencia de intereses y la jurisprudencia de conceptos: *“La orientación hacia el sistema jurídico en un nuevo sentido se manifiesta –muy veladamente– en que el paso hacia la jurisprudencia de intereses hace que la dogmática dependa de la legislación, en mayor medida que antes, puesto que tiene que presuponer la valoración de los intereses por parte del legislador. A la dogmática ha de asignársele una función inmanente al sistema jurídico.”*¹²

En el mismo sentido, el profesor Juan Ignacio PIÑA señala que como punto de partida es imprescindible tener presente que la teoría de LUHMANN es funcionalista. Por lo que las bases del pensamiento funcional resultan fundamentales para entender su obra. El punto de arranque funcionalista presume que toda sociedad, es decir, todo sistema social, tiene necesidades de las que depende su subsistencia y son esas necesidades las únicas explicaciones relevantes para dar cuenta de los componentes del subsistema.¹³

El Derecho se enfrentaría a las exigencias de adaptación, a los cambios sociales por el paso del tiempo, por lo que es necesario que la orientación social del Derecho mire al futuro y no al pasado y que las decisiones judiciales estén orientadas a las consecuencias que van a producir. La característica más importante del concepto de Dogmática es comprender que la prohibición de la negación, es decir, la no negabilidad de los puntos de partidas de las cadenas de argumentación debe estar sustraídos a la crítica.

La función positiva de la Dogmática estará en que por la manera de distribuir las prohibiciones de negación, la explotación de la norma jurídica frente a la experiencia o caso concreto se lleve a un adecuado nivel de flexibilidad. Por ello, la dogmática debe regular la conducta disponedora del jurista. La función de la Dogmática Jurídica es permitir que aumenten las inseguridades soportables del sistema jurídico. Para ser soportables las inseguridades deben

¹² LUHMANN (1983) p. 20.

¹³ PIÑA (2005) p. 55.

ser compatibles con dos exigencias: la norma jurídica y la necesidad de toma de decisión en un conflicto jurídico (caso). La función de la Dogmática será limitar la arbitrariedad de una relación que es variable por ambos lados. La norma jurídica admite distintas interpretaciones y por tanto es variable y los casos siempre tienen algo de distinto y, por tanto, también son variables. La dogmatización permitirá que el juez no sólo se vincule a la situación a decidir sino también se sujete al sistema jurídico.

La Dogmática Jurídica estaba planteada primariamente en la frontera del *input* del sistema jurídico, es decir orientada hacia el pasado, lo que implica que recibe y elabora la información sin considerar las consecuencias de la decisión tomada en base a ellas y ha evolucionado hacia una Dogmática Jurídica orientada hacia el futuro o *output* que está orientada a producir determinadas consecuencias. Según LUHMANN, ni lo uno ni lo otro es positivo.

Una norma jurídica puede tener validez general aún cuando no sea aplicada a todos los casos individuales, es lo que se llama regla/excepción y en cuanto el sistema jurídico empieza a funcionar con este mecanismo de reglas que admiten excepciones se genera una Dogmática Jurídica. La posibilidad de encajar dentro de la excepción debe ser suficientemente fuerte para justificarse y así ser inofensiva para la regla general. Pero no sólo deben considerarse las consecuencias primas de una decisión jurídica sino también las llamadas consecuencias colaterales o indeseables. La justificación de una decisión en base a sus consecuencias supone emplear *anteojeras* e ignorar las consecuencias desagradables como parte del costo de esta orientación dogmática. Se debe tener presente que dentro del sistema jurídico hay una obligación de tomar una decisión. Son tres posibilidades: i.- la solución es dada detalladamente vía legislación, ii.- o se decide de acuerdo al orden de los valores relevantes o, iii.- o se procede de forma oportunista, es decir en base a criterios indeterminados y cambiantes en cada caso y solo para ese caso. Cualquiera de estas soluciones trae dificultades y todas ellas tienden a enemistarse de la Dogmática Jurídica. Según el profesor alemán, *"la orientación a las consecuencias de la acción, y con ellos la orientación a un futuro aún incierto, es característica dominante de la sociedad moderna. Esto trae consigo inseguridades y convierte en tema central a la seguridad, también a la sociedad jurídica, como problema y como valor. A esto se refieren los esfuerzos de conocimiento, de presentación y de organización del sistema jurídico diferenciado. El ciudadano tiene que prever las decisiones del sistema jurídico."*¹⁴

¹⁴ LUHMANN (1983) p. 68.

La incorporación de preocupación por el futuro dentro del propio sistema jurídico se da en dos variantes: la liberación condicionada y la búsqueda de fines. Sin embargo, el futuro no se puede convertir en presente y ser eficaz en solucionar problemas que aún no existen, por lo que la indeterminación del futuro más que eliminarla se puede socializar y considerar. Pero no importa, porque el derecho siempre ha sido un estructurador social y por ello la dogmática en lo que se refiere al futuro debe ser correctora en adaptarse a la falta de conocimiento y esencial indeterminación del mismo. Explica LUHMANN en otra de sus obras que, en concreto, la función del derecho es la estabilización de las expectativas normativas a través de la regulación de determinadas conductas de una manera objetiva, en un momento determinado y de aplicación general.¹⁵

Continúa LUHMANN explayándose, no cree conveniente que la Dogmática Jurídica emplee las consecuencias como criterios de lo lícito e ilícito. Los juristas, según él, carecen psicológicamente de controles dogmáticos para diferenciar entre sus expectativas valorativas y sus criterios.

Si no es la orientación a las consecuencias un criterio suficiente para distinguir entre lo lícito y lo no lícito, ¿cuál criterio sí es suficiente? El autor interpela al sistema jurídico a reconocer que de la orientación de las normas a las consecuencias no se derivan criterios suficientes para diferenciar lo lícito y lo ilícito y por lo tanto debe preguntarse el jurista de dónde podrán derivar.¹⁶

LUHMANN responde que las cuestiones jurídicas no pueden fijarse independientemente de las expectativas sociales. Teniendo presente las exigencias sociales dirigidas a la estructuración jurídica de la conducción de la vida y, por otra parte, el nivel de pretensiones interno al sistema jurídico es necesario definir puntos de vista de referencia abstractos y condicionales. Para ello es necesario saber qué es la justicia como relación entre el sistema jurídico y la sociedad. La tarea de la Dogmática Jurídica será la de formular conceptos socialmente adecuados. Conceptos adecuados a la sociedad significa que se logre la transformación conceptual del problema al sistema jurídico. Este criterio de adecuación es sólo para la función específica del sistema jurídico como una parte del sistema social. Según la tesis sociológica que toda realidad social es comunicación y nada más que comunicación podría facilitar al jurista la decisión de no prestar atención a lo que no está a la vista. La realización de conceptos adecuados a la sociedad se enfrenta a la dificultad de la

¹⁵ LUHMANN (2005) p. 188.

¹⁶ LUHMANN (1983) p. 95.

necesidad de abstracción y conexión con vínculos concretos y por otra parte la dificultad de reflexión sociológica de conceptos dogmáticos.

La vigencia del derecho es condición de su mutabilidad y es dentro del mismo derecho vigente donde se encuentran propuestas de cambio, dado el carácter autosustitutivo del sistema jurídico. En cuanto a la reflexión sociológica de conceptos dogmáticos puede ocurrir que la adecuación resulte de un sentido colateral u oculto, de modo que la representación y la función se separen entre sí.

Según lo que postula la *teoría de sistemas*, existe entre la autorregulación y las relaciones con el entorno una conexión tal que un sistema puede adaptarse a los acontecimientos relevantes de su entorno social, tanto como cambiar su entorno en aspectos relevantes para el sistema. Es decir, el sistema jurídico es variable y el entorno social es variable. La dogmática mediante la formación de conceptos socialmente adecuados nos garantiza condiciones de posibilidad, es decir, considera tanto los horizontes del pasado *-input-*, como los horizontes del futuro *-output-* y así se orienta el sistema jurídico a las necesidades de la sociedad.

Reconoce LUHMANN que realizar trabajos internamente en el sistema jurídico que condensan la autoobservación del sistema es un esfuerzo por alcanzar consistencia conceptual y llegar a la comprobación de la universalidad de los principios, de los conceptos, de las reglas de decisión con el ánimo de reducir aún más el esquema regla/excepción.¹⁷

No coincidimos completamente con la aseveración de LUHMANN relativa a que pareciera razonable ajustar el Derecho a conceptos sociológicos de conveniencia. Es un elemento de la esencia del Derecho, que lo hace ser lo que es y no otra cosa, que la ley sea universal y se aplique de modo igual a quienes se encuentren en iguales situaciones. Las circunstancias históricas, políticas, económicas puede violentar este principio de universalidad de la ley so pretexto de hacerla más conveniente socialmente. Consideramos que eso sería debilitar al sistema. Si el derecho pareciera que no es conveniente socialmente, pues le corresponderá al subsistema político legislativo el modificarlo y al sistema jurídico judicial aplicarlo, pero siempre de la misma forma entre quienes se encuentren en una misma condición. El sistema jurídico no tiene por función la conveniencia social, sino que su función es según nuestra opinión la aplicación de justicia y no debe abandonarse su función principal por una función que pertenece al entorno del subsistema jurídico.

¹⁷ LUHMANN (2005) pp. 63 y 64.

No pareciera conveniente a quien postula una teoría de sociedad, que es lo propiamente sociológico, entrar a regular tan finamente un subsistema especializado que exige estar orientados a sus funciones específicas y no a otras. Es admirable que exista la capacidad y la genialidad de postular una teoría amplia de sociedad. Son escasos los astrónomos, los sociólogos y los teólogos que estudian y aportan nuevas miradas, cambios de paradigmas como diría KUHN, al conocimiento y estudio de las estrellas, la sociedad y Dios. Es suficiente ambición estudiar la generalidad y Niklas LUHMANN es un grande en el estudio de la sociedad. Un especialista en sociedad. Un revolucionario que ha logrado ser oído en las universidades de todo el mundo sobre su cambio de paradigma social: la sociedad no está compuesta por hombres, sino por comunicaciones. Su postura, por muchos considerada un escándalo, no debe ser incomprendida. Tiene una profunda realidad y belleza.

En efecto, RODRÍGUEZ y ARNOLD señalan derechamente que LUHMANN propone un cambio de paradigma consistente en pasar de la distinción de todo y partes a la distinción de sistema y ambiente. En los sistemas diferenciados hay dos tipos de ambiente: el externo común a todos los subsistemas y el interno especial para cada subsistema. El sistema o subsistema no se considera como algo dado sino que debe preguntarse el observador por su función, esta función produce la construcción misma del sistema mediante la comprensión y reducción de la complejidad del mundo circundante. El entorno deja de ser un factor influyente o condicionante para la construcción del sistema sino que pasa a ser un factor constituyente del subsistema de que se trate.¹⁸

Sin embargo, no debe olvidarse que la Dogmática Jurídica es una ciencia normativa que se interesa en el deber ser del derecho, mientras que la sociología del derecho se ocupa del ser del derecho, es decir, qué hechos, acciones y relaciones sociales efectivamente tienen lugar en una sociedad regida por este orden del deber ser.¹⁹ En este sentido LUHMANN no respeta las funciones propias de cada subsistema, no debe por tanto aconsejar cuál *debe ser* el papel de la Dogmática Jurídica, sino sólo apreciar cual es su papel en la práctica.

RODRÍGUEZ señala que la mirada de LUHMANN necesariamente debía ponerse en la mayor cantidad de perspectivas posibles para tratar de abarcar un concepto más completo del sistema social. Sin perjuicio de lo anterior, no se coincide ni con LUHMANN ni con RODRÍGUEZ en la dedicación a tal amplitud de miradas. El estudio de cada subsistema por una sola persona, aún cuando un

¹⁸ RODRÍGUEZ y ARNOLD (1999) pp. 83 y 84.

¹⁹ ROBLES (1993) p. 33.

brillante intelectual y sociólogo es excesivo. A nuestro modo de ver, LUHMANN fue favorecido con una inteligencia iluminadora y se hubiese deseado que no perdiera de vista las estrellas en su conjunto por estudiar cada estrella en particular, porque son demasiadas. Su mirada no debió desconcentrarse de la sociedad como fenómeno global para ir a observar cada subsistema. Su mirada social es genial, novedosa, moderna, realista, pero cuando se acerca a cada subsistema debe enfrentarse con los especialistas y con funciones específicas que no le corresponden desde la sociología.

III. LA OBSERVACIÓN DE KARL LARENZ A NIKLAS LUHMANN

Según Karl LARENZ *"el derecho justo es un peculiar modo de ser del derecho positivo"*.²⁰ La cuestión de la justicia del derecho se refiere a si está internamente fundada. Si es objetiva su pretensión de ser obedecida. Es decir, no se trata de un tema de lógica ni del pensamiento, ni de conveniencia social o no, es un problema de ética o de razón que legisla la moral. Al proceder de esta forma el legislador hace un juicio de valor y estima qué bienes jurídicos considera más valiosos y, por lo tanto, más dignos de protección legal. Comprender una norma jurídica nos obligaría a descubrir los valores que la han inspirado. En opinión de LARENZ, la jurisprudencia es en la esfera práctica la aplicación del derecho y en la esfera teórica de la Dogmática Jurídica un pensamiento orientado a valores.²¹

La noción de justicia de LUHMANN es bastante básica: una adecuada complejidad del sistema jurídico. La justicia no sería ya un concepto ético, ya que sólo se refiere a la consistencia interna de las decisiones del sistema. Si la decisión es consistente con el sistema es justa y si no lo es sería injusta.²² No compartimos esta noción de justicia en cuanto consideramos que sí existen valores o conceptos naturales y que quizás costaría delimitar en su ser, pero son claramente identificables en su no ser. Pueden ser justas distintas decisiones y se puede estar gradualmente de acuerdo o en desacuerdo, pero existen decisiones que violentan esencialmente la idea de justicia y que las personas claramente sí pueden calificar de injustas en un momento determinado.

La Dogmática Jurídica, para Luhmann, primeramente debe aceptar que deben ser innegables los puntos de partida de las cadenas de argumentación. Para Larenz, estas innegabilidades serán decisiones de valor y principios previamente dados en la Constitución y la totalidad del orden jurídico.

²⁰ LARENZ (1985) p. 21.

²¹ LARENZ (2001) p. 205.

²² GIMÉNEZ (1993) p. 284.

La dogmática permitirá poder aclarar y corregir la distancia existente entre las innegabilidades y las normas y decisiones particulares siendo exigible la flexibilidad en la aplicación del derecho a una situación concreta. Por ello, LARENZ considera que la función de Dogmática Jurídica no reside en el encadenamiento del espíritu sino, a la inversa, en ampliar las libertades en el trato con experiencias y textos. Pero este proceso no puede hacerse de cualquier modo ya que debe hacerse sólo hasta el límite soportable. La soportabilidad de la libertad dogmática estará en que la solución dada por la aplicación de la norma jurídica se encuentre conforme a derecho.

Será pues la idea de justicia la que constituya el factor de unidad del orden jurídico como un todo, las exigencias sociales generales del derecho. La dogmática mediará entre valores y principios fundamentales, las normas dadas (y también entre estas normas) y las cambiantes situaciones de la sociedad. Esta mediación ocurre en una doble dirección y la jurisprudencia precisará los valores modificables y sus límites, por tanto flexibles en la aplicación del derecho, en especial, en situaciones imprevistas.

LARENZ opina que sin estas innegabilidades en la cadena de argumentación no sería posible un orden jurídico.²³

Como vemos un jurista y un sociólogo pueden ser complementarios. Será el jurista el que macere el aporte del sociólogo para el sistema jurídico. LUHMANN aún cuando brillante, es externo y por lo tanto confunde su función. Cuando se observa una realidad sin afán de intromisión los mensajes son mejor entendidos y cada subsistema sabrá lo que tiene que hacer para que su función se cumpla mejor y así colaborar con una sociedad mejor comunicada.

CONCLUSIONES

1. Para LUHMANN la Dogmática Jurídica no constituye el sistema jurídico en sí mismo sino que lo gobierna. Sociológicamente enfoca el derecho en la función social que desempeña, pero determina su función desde la sociología y no desde el derecho. El derecho es de la sociedad y por tanto no le es un objeto ajeno de estudio de la sociología, así como la ciencia es de la sociedad, la educación es de la sociedad. Con esta mirada omnicomprendensiva la sociología podría estudiarlo todo. Pero a nuestro modo de entender pierde mucha energía, talento y tiempo en subsistemas y se

²³ LARENZ (2001) p. 222.

lo quita al estudio de la sociedad toda, incluso entendiéndola de forma luhmanniana como subsistemas y entornos.²⁴

2. El enfoque luhmanniano cambia el concepto de Sociología del Derecho como aquella rama de la sociología que tiene por objeto el estudio de las relaciones entre derecho y sociedad, como dos realidades diferenciadas. Para LUHMANN el derecho es de la sociedad, el subsistema jurídico es parte de la sociedad, no se contraponen sino que el derecho está incluido y comprendido en ella sea como subsistema jurídico o como entorno de los demás subsistemas.

3. Sin perjuicio de la clausura normativa y de la función específica de cada subsistema, el sistema jurídico, por ser un subsistema social es un sistema abierto, es decir puede estar en la frontera del *input* o del *output*. Si el sistema está orientado al *input* su acento está puesto en el pasado, en la recepción y elaboración de la información del caso con relativa indiferencia a las consecuencias del caso. Esta orientación evita criterios subjetivos por quienes tengan el poder de juzgar, lo que genera una mayor estabilidad del derecho, v.g. Teoría del Delito, y el tipo penal previamente establecido a la comisión de un delito. Estamos en este caso frente a una función conservadora del Derecho. Por el contrario, cuando el sistema abierto se orienta al *output* se acepta la injerencia del pensamiento realista que pondera las consecuencias sociales, políticas, económicas y culturales del sistema social. Esta orientación genera más inseguridad e inestabilidad del derecho. Estamos en este caso frente a una función innovadora del derecho. Si bien la influencia del pasado es innegable en la formación del derecho debe equilibrarse con un vislumbre del futuro, pero en la medida que vaya se transforme en un imperativo de justicia, de modo que el subsistema respectivo presente un nuevo derecho vigente a aplicar. Mientras así no suceda, el derecho tiene herramientas propias para administrar justicia en un caso concreto, por ejemplo con la categoría regla general, excepción o bien con el concepto de la sana crítica o buena fe, pero nunca ni aún cuando parezca socialmente adecuado según LUHMANN, se puede violentar la universalidad de la ley y el principio de igualdad ante ella.

4. La solución propuesta por LUHMANN es que si bien la dogmática debe respetar las formulaciones, es inherente a la naturaleza humana el tener visiones y perspectivas diferentes sobre una realidad dada, por lo que es inevitable recibir injerencias valorativas. Esta mirada es tan realista que

²⁴ FERRARI (2000) p. 60.

la misma historia demuestra que en base a una misma norma se ha llegado a soluciones dogmáticas diferentes según la posición filosófica que se tuviera.

5. Niklas LUHMANN interpreta la realidad pero no la cambia. El enfoque comunicacional como eje fundante de la sociedad me parece real. Parece positivo el no considerar a cada hombre como elemento de la sociedad sino que fundar lo social en el hecho de comunicarnos, compartir, convivir, el ser mucho más que un hombre o una mujer. Cambiar el ser yo o el ser él por un ser nosotros conectados. Creemos que justamente la dimensión social está en el nosotros. Cuando sólo somos yo o él, estamos solos; cuando somos nosotros en interacción, estamos en sociedad. LUHMANN reconoce la individualidad de cada ser humano de una forma extrema, inclasificable pero indispensable para las comunicaciones; en definitiva, sin el ser humano no hay sociedad, pero no en cuanto elemento sino que en cuanto se requiere de al menos dos personas para comunicarse.²⁵
6. Compartimos con LUHMANN en la necesidad de un diálogo interdisciplinario entre juristas y otras ciencias afines (o sistemas parciales de sociedad). Las miradas externas son bien recibidas por los subsistemas, permiten su perfeccionamiento y la coordinación de fines principales y secundarios. Pero el aporte externo se agradece en la medida que no entre el sociólogo a la casa del jurista a poner la mesa o abrir el refrigerador. Lo mismo creemos ocurrirá al economista que es intervenido por un político o a un profesor que es intervenido por la religión. En cambio creemos que es bien recibida la carta sugerente que toma conciencia de su externalidad.
7. La dogmática no es lo mismo que el sistema jurídico. La Dogmática Jurídica debe entenderse como una herramienta conceptual cuyo objetivo es compatibilizar el derecho como un conocimiento con su función práctica orientado a la solución de conflictos aquí y ahora. Por lo anterior, es importante no sobrevalorar la dogmática vista por LUHMANN como más orientada a las consecuencias que a la aplicación segura y rigurosa de conceptos. Tampoco se puede pretender que por la Dogmática se niegue la influencia de los valores, influencia que si bien puede ser atenuada en vista de la seguridad jurídica, no podrá nunca eliminarse completamente, ya que el ser humano es distinto uno a otro y cada uno tiene una perspectiva distinta.

²⁵ MASCAREÑO (2004c) p. 364.

8. Finalmente, LUHMANN en toda su grandeza nos recuerda que en nada atenta a la verdad el reconocer que existen innegabilidades en el inicio de una cadena de argumentación. En efecto, ciertas cosas debe aceptarse por ciertas, pues son una realidad innegable, aún cuando no podamos explicarlas unívocamente ni como individuos ni como sociedad. Así, por ejemplo, el hecho de la existencia de un mundo sin saber en realidad aún quién o cómo se creó es una innegabilidad. Aún la misma cultura occidental cristiana parte de ciertas innegabilidades que nos acompañan toda la vida, sin por eso deber temer de las verdades científicas o los avances de la investigación.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- FERRARI, Vincenzo (2000): *Acción jurídica y sistema normativo* (Traducc. Andrea Greppi, Madrid, Editorial Dykinson) 357 pp.
- LARENZ, Karl (1985): *Derecho Justo, Fundamentos de Ética Jurídica* (Madrid, Editorial Civitas S.A.) 202 pp.
- _____ (2001): *Metodología de la Ciencia del Derecho* (Madrid, Ariel Derecho) 535 pp.
- LUHMANN, Niklas (1983): *Sistema jurídico y Dogmática Jurídica* (Traducc. Ignacio Pardo Otto, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales) 153 pp.
- _____ (1990): *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría* (Traducc. Santiago López Petit y Odrote Schmitz, Ediciones Paidós Ibérica S.A.) 144 pp.
- _____ (1996): *Introducción a la teoría de Sistema* (Traducc. Javier Torres Nafarrate, Guadalajara, Universidad Iberoamericana A.C. en coedición con el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente y Editorial Anthropos) 303 pp.
- _____ (1998): *Sistemas Sociales* (Traducc. Sylvia Pappe y Brunhilde Erker, Barcelona, Editorial Anthropos en coedición con Universidad Iberoamericana, México D.F. y con el Centro Editorial Javeriano, Pontificia Universidad Javeriana, Santafé de Bogotá) 445 pp.
- _____ (2005): *El derecho de la sociedad* (Traducc. Javier Torres Nafarrate, México, Editorial Herder, S. de R.L. de C.V.) 676 pp.

MASCAREÑO, Aldo (2004a): "Sociología del derecho (Chileno y Latinoamericano)", *Persona y Sociedad* (vol. XVIII N° 2): pp. 63-94.

_____ (2004b): "Una rosa es una rosa, es una rosa, es una rosa... A propósito de Niklas Luhmann", *Persona y Sociedad* (vol. XVIII N° 2): pp. 301-306.

_____ (2004c): "La Autonomía de los antiguos y de los modernos: réplica a Pablo Ruiz Tagle", *Persona y Sociedad* (vol. XVIII N° 3): pp. 361-366.

PIÑA, Juan Ignacio (2005): *Rol social y sistema de imputación* (Barcelona, J.M. Bosch Editor) 464 pp.

_____ (2007): Entrevista personal inédita, realizada en Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Santiago, con fecha 15 de mayo de 2007.

ROBLES, Gregorio (1993): *Sociología del derecho* (Madrid, Editorial Civitas S.A.) 257 pp.

RODRÍGUEZ, Darío y ARNOLD Marcelo (1999): *Sociedad y teoría de sistemas* (Santiago, Editorial Universitaria) 199 pp.

RODRÍGUEZ, Darío (2007): Entrevista personal inédita realizada en la Facultad de Medicina de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, con fecha 15 de mayo de 2007.